

Leitsätze:

1. Die VSt muss die Leistung eindeutig und so erschöpfend beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen (§ 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A).
2. Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung sind einer Auslegung grundsätzlich zugänglich, wobei auf den objektiven Empfängerhorizont, also die Sicht der potenziellen Bieter, abzustellen ist.
3. Sind mehrere Möglichkeiten gegeben, den Rechtsverstoß zu korrigieren, muss die Vergabekammer diejenige auswählen, welche die Interessen der Beteiligten möglichst wenig beeinträchtigt.

Nachprüfungsantrag:
(*Antragstellerin - ASt*)

Vergabestelle:
Bevollmächtigte:
.....
(*Vergabestelle - VSt*)

Beigeladene:
Bevollmächtigte:
.....
(*Beigeladene - BGI*)

Bauvorhaben: ,
....., *Fassaden- u. Fensterarbeiten*

Vergabeverfahren: *Offenes Verfahren nach § 3 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A*

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 13.12.2016 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Das Vergabeverfahren wird zurückversetzt in den Stand vor der öffentlichen Bekanntmachung und ist unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

2. Die Vergabestelle und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin je zur Hälfte.
3. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.
4. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb die Fassaden- u. Fensterarbeiten für ... in ... im offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der xx.xx.xxxx. Zuschlagskriterium war laut Vergabeunterlagen der niedrigste Preis. Nebenangebote waren nicht zugelassen.

2.

Laut Submissionsprotokoll vom xx.xx.xxxx wurden vier Angebote abgegeben. Die ASt war Erstplatzierte mit einer Angebotssumme von xxx.xxx,- €. Die BGI war Zweitplatzierte mit einer Angebotssumme von xxx.xxx,- €.

3.

Laut Punkt 3.5.2 Wärmeschutz des Leistungsverzeichnisses wurden folgende Anforderungen an den Wärmeschutz gestellt:

” ...
Für die Anforderungen an den Wärmeschutz gelten die
...
DIN EN ISO 10077-1 (Berechnung)
...
Anforderung Wärmeschutz: nach DIN EN ISO 1256-7
Geforderter Mind.-Wert: $U_w \leq 0,84 \text{ W/m}^2 \text{ K}$
mit entsprechendem errechneten Ug-Wert der Verglasung
...“

Laut Position 10.6 Verglasungsarten des Leistungsverzeichnisses wird bzgl. der zum Einsatz kommenden Glastypeen an deren kompletten Konstruktion folgende Anforderungen gestellt:

” ...
Komplette Konstruktion einschl. integr. Sonnenschutz
-> $U_w\text{-Wert} \leq 1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$
...
als Wärmeschutz-Isolierverglasung
(-> $U_w\text{-Wert} \leq 1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$, ...)
...“

4.

Mit Schreiben vom 12.08.2016 forderte die VSt von der ASt im Rahmen der Angebotsaufklärung Unterlagen und Nachweise nach.

Mit E-Mail vom 18.08.2016 übermittelte die ASt die geforderten Unterlagen und Nachweise und beanstandete, dass der im Leistungsverzeichnis angegebene U_w -Wert von $0,84 \text{ W/m}^2\text{K}$ nur mit einem U_g -Wert von $0,6 \text{ W/m}^2\text{K}$ erreicht werden könne. Es müsse sich bei dem angegebenen Wert um den Wert der Verglasung handeln. Im Leistungsverzeichnis werde auf Seite 41 ein Wert von $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ angegeben.

5.

Mit Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 08.09.2016 teilte die VSt der ASt mit, dass ihr Angebot den Zuschlag nicht erhalten werde, weil es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfülle.

6.

Mit Schreiben vom 09.09.2016 rügte die ASt den Ausschluss ihres Angebots bei der VSt. Das Angebot erfülle die entsprechenden Vorgaben und sei nach Submissionsergebnis das günstigste Angebot mit einer Preisdifferenz von ca. xxx.000,- €.

Im Vortext der Ausschreibung sei auf einen U_w -Wert von $0,84 \text{ W/m}^2\text{K}$ abgestellt worden. In den konkreten Positionsbeschreibungen werde ein U_w -Wert von $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ gefordert. Das angebotene System erfülle einen U_w -Wert von $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$.

7.

Mit Telefax vom 20.09.2016 stellte die ASt Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. § 160 GWB und beantragt:

1. Die VSt wird verpflichtet, der ASt als Mindestbietender den Auftrag zu erteilen.
2. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakten gewährt.
3. Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Leistungsbeschreibung müsse so gestaltet sein, dass ein Bieter/Auftragnehmer mit seinen Mitteln und ohne Zuhilfenahme eigener zusätzlicher planerischer oder konstruktiver Ermittlungen, Berechnungen oder Prüfungen die geforderte Leistung „sicher“ erkennen (und kalkulieren) kann. Die Einschaltung von Sachverständigen sei unverhältnismäßig. Seien die Verdingungsunterlagen in sich widersprüchlich und insgesamt unklar gefasst, so liege ein Verstoß gegen den Grundsatz der Eindeutigkeit vor, so dass die Ausschreibung zu Lasten der VSt entsprechend der VOB/A auszulegen sei. Könne dabei ein Leistungsverzeichnis auch so ausgelegt werden, dass es den Anforderungen von § 7 VOB/A entspreche, so dürfe der Bieter das Leistungsverzeichnis in diesem Sinne verstehen. Vorliegend sei zwar im Vortext der Ausschreibung ein Uw-Wert von 0,84 erwähnt worden. In den sodann konkreten Positionsbeschreibungen werde jedoch lediglich auf ZTV Punkt 10 - V1 referenziert, in dem ein Uw-Wert von 1,0 gefordert gewesen sei, sodass davon ausgegangen werden konnte, dass dieser Uw-Wert bei der jeweiligen Position erreicht werden müsse. Da das angebotene System der ASt diesen Wert entsprechend der beigefügten vertragsgemäßen Berechnung erreiche, sei es ausschreibungskonform.

8.

Die Vergabekammer Nordbayern hat den Nachprüfungsantrag am 20.09.2016 der VSt übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

9.

Mit Schreiben vom 13.10.2016 nahm die VSt zum Nachprüfungsantrag Stellung. Es sei ein Uw-Wert von 0,84 W/m²K für die ausgeschriebenen Fenster gefordert gewesen. Diese Forderung werde im Verlauf des Leistungsverzeichnisses nicht aufgehoben. Das Angebot der ASt erfülle den geforderten Uw-Wert nicht und sei deshalb ausgeschlossen worden. Das Angebot der BGI erfülle den geforderten Uw-Wert von 0,84 W/m²K. Die Verdingungsunterlagen seien erschöpfend und klar gefasst. Bis auf eine abweichende U-Wert-Bezeichnung durch einen Schreibfehler seien die Verdingungsunterlagen in sich schlüssig.

10.

Mit Schreiben vom 20.10.2016 nahm die ASt zum Schreiben der VSt vom 13.10.2016 Stellung. Die ASt erreiche einen Uw-Wert von 1,0. Ein Uw-Wert von 0,84 W/m²K werde im Leistungsverzeichnis nur in den Vorbemerkungen erwähnt. In der konkreten Beschreibung der jeweiligen LV-Position sei ein Uw-Wert von 1,0 W/m²K gefordert worden.

Die BGI könne keinen U_w -Wert von $0,84 \text{ W/m}^2\text{K}$ erreichen, wenn das Glas der BGI einen U_g -Wert von $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ aufweise, da die sonstige Konstruktion den niedrigeren Wert des Glases nicht aufwerten könne. Bei einem U_g -Wert von $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ sei nur ein U_w -Wert von $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ möglich.

Unklarheiten in den Vergabeunterlagen seien zu Lasten der Vergabestelle auszulegen.

11.

Mit Schreiben vom 07.11.2016 beantragte die Bevollmächtigte der BGI,

1. den Antrag zurückzuweisen
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten notwendig war.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig.

Der Nachprüfungsantrag sei nicht statthaft, da der Schwellenwert nicht erreicht werde. Die Ausschreibung beziehe sich auf Fassaden- und Fensterarbeiten. Der EU-Schwellenwert für Bauaufträge belaufe sich auf $5.225.000,- \text{ €}$.

Die Angebotssummen der Bieter für das Gewerk „Fassaden- und Fensterarbeiten“ beliefen sich laut Submissionsblatt vom xx.xx.xxxx zwischen $xxx.xxx,- \text{ €}$ und $xxx.xxx,- \text{ €}$.

Aus der Prüfung und Wertung der Angebote durch ein beauftragtes Büro ergebe sich ein Budget von $xxx.xxx,xx,- \text{ €}$ brutto für die Fassaden- und Fensterarbeiten.

Eine Addition der Gesamtwerte aller Tätigkeiten aus der Veröffentlichung vom xx.xx.xxxx (Abbrucharbeiten – Elektroarbeiten) gem. § 3 Abs. 7 VgV komme nicht in Betracht. Die Angebotssummen lägen deutlich unterhalb des EU-Schwellenwerts für Bauaufträge in Höhe von $5.225.000,- \text{ €}$.

Sollte die Vergabe der Fassaden- und Fensterarbeiten als Fachlos bei ausgeschrieben worden sein, gelte § 3 Abs. 9 VgV. Danach dürften im Falle einer Losvergabe Lose bis zu einer bestimmten Höhe außerhalb der Bestimmungen für den Oberschwellenbereich vergeben werden, soweit sie die Höchstgrenze von 20 % des Gesamtwerts nicht überschritten. Der Gesamtwert des Loses „Fassaden und Fensterarbeiten“ unterschreite 20 % des Gesamtwerts des Auftrags. Die Vorschriften des Unterschwellenvergaberechts hätten Anwendung finden dürfen.

Der Vortrag, die Leistungsbeschreibung sei widersprüchlich, sei gem. § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB unzulässig. Die Leistungsbeschreibung gehöre zu den Vergabeunterlagen. Die ASt hätte daher bis zum Ende der Angebotsfrist am xx.xx.xxxx diese Widersprüchlichkeit rügen müssen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet.

Das Angebot der ASt sei zu Recht ausgeschlossen worden, da die ASt eine Änderung an den Vergabeunterlagen im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A-EU vorgenom-

men habe. Sie habe etwas anderes angeboten als in den Vergabeunterlagen angegeben war.

Die zwei verschiedenen U_w -Werte (Seite 18: $U_w \leq 0,84 \text{ W/m}^2\text{K}$, Seite 41: U_w -Wert $< 1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$) innerhalb des Leistungsverzeichnisses begründeten keinen Widerspruch. Auf Seite 18 stehe explizit geschrieben: „geforderter Mindestwert $U_w \leq 0,84 \text{ W/m}^2\text{K}$ mit entsprechendem U_g Wert in der Verglasung“. Wenn man das Regeldetail aus der Ausführungsplanung nehme, könne man erkennen, dass dort eine $U_g 1,0$ Scheibe eingezeichnet sei. Wenn der jeweilige Anbieter die geforderten $U_w 0,84$ nicht mit 2-fach Glas $U_g 1,0$ erreiche, müsse er an dieser Stelle mit einer 3-fach-Isolierglasscheibe arbeiten. Der Wert $U_g 1,0$ beziehe sich lediglich auf eine Isolierglasscheibe als Teil des gesamten Fensters. Wollte man den geforderten Wert von $0,84$ erreichen, sei das gesamte Fenster erforderlich, insgesamt drei Scheiben.

Außerdem heiße es im Leistungsverzeichnis: „Einzukalkulieren ist stets die höhere Anforderung bzw. höherwertige Ausführung.“ Die ASt habe das so verstehen müssen, dass das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz gefordert war, ein U_w -Wert von $\leq 0,84 \text{ W/m}^2\text{K}$ und nicht von U_w -Wert $\leq 1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$.

Für die Auslegung von Vergabeunterlagen sei auf die objektive Sicht eines verständigen und sachkundigen Bieters abzustellen. Seitens der VSt sei hierzu bereits vorgetragen, dass die anderen Bieter das Leistungsverzeichnis im gemeinten Sinne verstanden hätten. Es werde weiterhin vom Bieter gefordert, wenn er die Vergabeunterlagen in seinem Sinne auslegen will, der sich nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut erschließt, dass er sich bei der Vergabestelle rückversichere.

Das Erreichen eines U_w -Werts von $0,84$ sei technisch möglich.

Die Wahl des Beschaffungsgegenstands unterliege der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers. Die VSt durfte daher die Entscheidung treffen, Fenstersysteme mit einem U_w -Wert von $0,84$ zu beschaffen.

Schließlich trage der Sachverhalt nicht den Antrag, der ASt den Zuschlag zu erteilen. Das Vergabeverfahren sei allenfalls in den Zustand zurückzusetzen, in welchem die Rechtsverletzung erfolgt ist. Die Vergabekammer dürfe daher die VSt nicht verpflichten, der ASt den Zuschlag zu erteilen. Sie könne allenfalls die VSt verpflichten unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer das Leistungsverzeichnis zu präzisieren und das Vergabeverfahren in den Zeitpunkt vor der Angebotsabgabe zurückzusetzen.

Vor einer Zuschlagserteilung müsse die VSt von der ASt Aufklärung verlangen gem.

§ 16d Abs. 1 Nr. 2 S. 1 VOB/A. Der Eindruck eines unangemessen niedrigen Preises könne aufgrund eines Vergleichs mit den Preisen eingegangener Konkurrenzangebote gewonnen werden. Orientierungswert sei in der Rechtsprechung eine 20%-Schwelle. Das Angebot der zweitpreisgünstigsten BGI weiche um 19,35 % von dem der ASt ab.

12.

Soweit kein Geheimschutz gegeben war, wurden der ASt am 27.10.2016, der BGI am 27.10.2016 und 10.11.2016 gem. § 165 GWB Auszüge aus der Vergabeakte zugesandt.

13.

Die ASt erwiderte mit Schreiben vom 13.11.2016 auf den Vortrag der BGI. Hinsichtlich des Schwellenwerts sei auf die gesamte Baumaßnahme „.....“ abzustellen, wenn ein wirtschaftlich-funktionaler Zusammenhang zwischen den verschiedenen Einzelaufträgen des Gesamtbauvorhabens bestehe.

Die Verdeutlichung des Leistungsverzeichnisses durch zeichnerische Darstellungen enthebe die VSt nicht von einer eindeutigen verbalen Beschreibung der Leistung. Vorliegend werde in den konkreten Positionen des Leistungsverzeichnisses ein System mit drei Glasschreiben beschrieben. Die Ausschreibung und dieses System passten auch zu einem Uw-Wert von 1,0. Dieser werde von der ASt erreicht und angeboten.

Die ASt habe nie behauptet, dass das Erreichen eines Uw-Werts von 0,84 technisch nicht möglich sei. Sie habe behauptet, dass mit den ausgeschriebenen technischen Vorgaben dieser Wert nicht erreicht werden könne.

Das Prüfzeugnis der Beigeladenen sei unbeachtlich. Würde die Beigeladene den Wert von 0,84 erreichen, so gelte das gem. Hinweis auf dem Prüfzeugnis nur für Rechteckfenster mit den Maßen 1230mm x 1480mm. Dieser Uw-Wert werde nicht mehr eingehalten, wenn kleinere Elemente zu fertigen seien. Vorliegend sei ein Element mit den Abmessungen 625mm x 1800mm zu liefern, das nur 1/3 der geprüften Elementgröße erreicht. Somit könne auch die BGI den angeblich geforderten Uw-Wert nicht erreichen und sei von der Wertung auszuschließen.

14.

Mit Schriftsatz vom 24.11.2016 trug die VSt vor, die „.....“ erfolge in mehreren Bauabschnitten. Es sei daher von der Kostenschätzung für die Gesamtmaßnahme von mehr als xx Mio. € auszugehen, die über dem Schwellenwert für EU-Ausschreibungen liege.

Selbst eine Unstimmigkeit im Leistungsverzeichnis führe nicht dazu, dass der ASt der Zuschlag erteilt werden müsse und damit einer nachweislich schlechteren Fensterkonstruktion als bisher eingebaut der Vorzug gegeben werden müsse. Die Vorgabe von Fenstern mit einem Uw-Wert von 0,84 sei für die VSt planungsrechtlich bindend im Wärmeschutznachweis fixiert und werde nicht in Frage gestellt.

Bei den ausgeschriebenen kleineren Elementen mit 625mm x 1800mm handle es sich um drei Stück. In Verbindung mit 183 Stück Elementen mit den Maßen 1250mm x 1800mm kämen diese bei der Berechnung nur geringfügig zum Ansatz.

15.

Mit Schriftsatz vom 02.12.2016 ergänzte die ASt wie folgt: Die BGI wolle einen Uw-Wert von 0,84 erreichen, wenn ein Ug-Wert von 0,64 angenommen werde. Es sei jedoch ein Ug-Wert von 1,0 ausgeschrieben worden. Um einen Ug-Wert von 0,64 zu erhalten, müssten jedoch die Glaszwischenräume mit einer besonderen Kryptonbegasung befüllt werden und eine zusätzliche Hartbeschichtung verwendet werden. All dies sei weder im Leistungsverzeichnis beschrieben noch gefordert, oder aus dem benannten Ug-Wert von 1,0 abzuleiten. Im Leistungsverzeichnis sei ein „Verbundfenstersystem 2+1 mit Isolierglasscheibe sowie einer äußeren 6mm ESG Einfachglasscheibe rahmenlos gehalten zum auseinanderklappen“.

Die Mitteilung der VSt, dass eine Überschreitung des Uw-Werts bei kleineren Fenstern zu vernachlässigen sei, führe zum Verdacht des Verstoßes gegen die gebotene Produktneutralität.

Eine Rüge der Unstimmigkeiten vor Angebotsabgabe sei nicht erforderlich. Ein Bieter könne sich an die Ausführungsunterlagen halten, auch wenn er Unstimmigkeiten in der Planung vermute. Er dürfe dann entsprechend den konkreten Vorgaben anbieten, da konkrete Positionsbeschreibungen dem allgemeinen Vortext vorgingen. Unstimmigkeiten gingen dann zu Lasten des Auftraggebers.

16.

Mit Schriftsatz vom 06.12.2016 ergänzte die BGI, dass das Angebot der ASt zu recht wegen Änderung der Vergabeunterlagen ausgeschlossen worden sei. Die Rahmen- und Flügelsichtsbreiten überstiegen bei Weitem das geforderte Maß. Die Innenansichtsbreite sei im Leistungsverzeichnis mit ca. 85 bzw. 99 mm beschrieben. Das von der ASt angebotene Fensterfabrikat erreiche 130 mm aufrechter Detailschnitt. Dies sei ein 32% größerer Holzanteil bzw. 32% weniger Glasfläche. Das Leistungsverzeichnis beschreibe unter Nr. 13.3 und Nr. 13.4, dass innenliegende Jalousien mittels PVC-U-Profil als Abstandshalteprofil zur Aufnahme und Führung der Jalousettenlamellen auszuführen seien. Die ASt arbeite hier lediglich mit einer Holzleiste ohne seitliche Führung. Den in Nr. 13.3 des LV geforderten Feinstaubfilter gebe es bei dieser Konstruktion nicht. Die BGI gehe außerdem davon aus, dass die Verglasung nicht, wie unter Nr. 13.4 im Leistungsverzeichnis gefordert, in hochfester 2-Komponenten-Verklebung hergestellt werde. Schließlich soll das Fabrikat der ASt in ein Aluprofil mit deutlicher Rahmenbreite gebaut

werden. Dies widerspreche der Forderung im Leistungsverzeichnis unter Nr. 13.3 nach einer rahmenlosen Befestigung.

Die ASt sei zudem verpflichtet gewesen, sich beim Antragsgegner rückzuversichern, wenn sie die Vergabeunterlagen in einem Sinne auslegen wolle, der sich nicht ohne weiteres aus ihrem Wortlaut erschließt.

17.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze Bezug genommen.

18.

In der mündlichen Verhandlung am 13.12.2016 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt und die VSt bleiben bei ihren mit Schriftsätzen vom 20.09.2016 bzw. 12.12.2016 gestellten Anträgen. Die BGI stellte ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 07.11.2016.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Bei dem ausgeschriebenen Vertrag „....., Fassaden- und Fensterarbeiten“ handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 GWB.
- c) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB. Für die Berechnung des Schwellenwerts ist gem. § 3 Abs. 6 VgV auf den Auftragswert der Bauaufträge abzustellen, die für die Ausführung der Bauleistung erforderlich sind. Es ist daher zur Feststellung des Auftragswerts der Gesamtwert der Arbeiten zu veranschlagen, der die vom öffentlichen Auftraggeber etwaig gezahlten Geldbeträge und die von Dritten als Gegenleistung für die für ihre Rechnung errichteten

Bauwerke geleisteten Beträge umfasst, vgl. Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 14.09.2015, § 3 VgV, Rdn. 104.

Vorliegend handelt es sich bei um eine Gesamtmaßnahme, die in mehrere Bauabschnitte unterteilt ist. Die Gesamtmaßnahme umfasst einen geschätzten Gesamtauftragswert von über xx Mio. €. Auf den Auftragswert alleine für die Fassaden- und Fensterarbeiten, der ca. xxx.000,- € beträgt, kommt es nicht an. Insbesondere können die Fassaden- und Fensterarbeiten nicht unabhängig vom Rest der Maßnahme bestehen, sondern sind nur ein Teil der Sie dürfen daher auch bei der Kostenschätzung nicht unabhängig von der Gesamtmaßnahme betrachtet werden.

Die hier streitgegenständlichen Fassaden- und Fensterarbeiten mit einem geschätzten Auftragswert von unter 1 Mio. € sind ein Teil dieser Gesamtmaßnahme. Die VSt rechnet das Los dem 80% Kontingent zu. Dementsprechend wurden die Arbeiten als Offenes Verfahren ausgeschrieben. Der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung gem. §§ 155 ff. GWB ist somit eröffnet.

- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behaupteten Rechtsverletzungen ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht, § 160 Abs. 2 GWB.
- Durch die Zurückversetzung in den Stand vor Bekanntmachung ist die ASt unabhängig davon antragsbefugt, ob ihr Angebot neben der streitgegenständlichen noch andere Vorgaben aus dem Leistungsverzeichnis nicht erfüllt hat und deswegen auszuschließen wäre. Der BGH hat im Beschluss vom 26.09.2006, Az.: X ZB 14/06, für den Fall einer Aufhebung der Ausschreibung entschieden, der Zugang zum Nachprüfungsverfahren kann nicht mit der Begründung verwehrt werden, das Angebot der ASt sei aus anderen als den zur Überprüfung gestellten Gründen auszuschließen gewesen. Es kommt für die Antragsbefugnis allein darauf an, dass die Möglichkeit einer Verschlechterung der Aussichten des den Nachprüfungsantrag stellenden Bieters besteht. Für die Zurückversetzung in den Stand vor der öffentlichen Bekanntmachung kann nichts anderes gelten.
- f) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen (§160 Abs. 3 Nr. 1 GWB). Die ASt hat mit Schreiben vom 09.09.2016 ihren Ausschluss gerügt, nachdem sie am 08.09.2016 die Information der VSt über ihre Nichtberücksichtigung nach § 134 GWB erhalten hatte.

g) Es liegt auch keine Präklusion gem. § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB vor, wonach Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden müssen. Dabei muss über die Erkennbarkeit der einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umstände hinaus für den Bieter auch die Vergaberechtswidrigkeit zu erkennen sein (VK Brandenburg, B. v. 25.02.2016, Az.: VK 28/15). Vorliegend handelt es sich um einen Fall von widersprüchlichen Angaben im Leistungsverzeichnis. Zwar ergeben sich die einander widersprechenden Werte zur Wärmedurchlässigkeit aus dem Leistungsverzeichnis. Es gibt aber keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Widersprüchlichkeit der ASt bis zum Ablauf der Angebotsfrist überhaupt aufgefallen war. Vielmehr hat sie einen der einander widersprechenden Werte ihrem Angebot zugrunde gelegt und die Widersprüchlichkeit erst in Zusammenhang mit der Nachforderung von Unterlagen durch die VSt erkannt. Dieses Erkenntnis ist erst nach dem Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe eingetreten.

h) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Die ASt ist durch die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Der Ausschluss des Angebots der ASt wegen Änderung an den Vergabeunterlagen gem. § 16 EU Nr. 2 Var. 3 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A erfolgte vergaberechtswidrig, da die Formulierungen im Leistungsverzeichnis der VSt gegen § 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A verstoßen.

Das Leistungsverzeichnis ist nicht eindeutig beschrieben. Die Angebote sind nicht vergleichbar.

a)

§ 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A verlangt von der VSt, die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen.

Die VSt nutzte zur Beschreibung des geforderten Wärmeschutzniveaus der ausgeschriebenen Fenster auf Seite 18 des Leistungsverzeichnisses die Formulierung „Anforderung Wärmeschutz: nach DIN EN ISO 1256-7; geforderter Mind.-Wert: $U_w \leq 0,84 \text{ W/m}^2\text{K}$ “. Auf Seite 41 des Leistungsverzeichnisses findet sich die Formulierung: „Komplette Konstruktion einschl. integr. Sonnenschutz -> $U_w\text{-Wert} \leq 1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ “.

Die VSt hat damit im Leistungsverzeichnis zunächst zum Ausdruck gebracht, dass sie Fenster mit einem U_w -Wert von maximal $0,84 \text{ W/m}^2\text{K}$ erwerben möchte. An einer späteren Stelle, in der das Leistungsverzeichnis die Fenster konkret beschreibt, bringt die Formulierung hingegen zum Ausdruck, dass ein U_w -Wert von bis zu $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ ausreichend sei.

b)

Eine Beseitigung des Widerspruchs durch Auslegung scheidet aus. Zwar sind Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung einer Auslegung grundsätzlich zugänglich, wobei auf den objektiven Empfängerhorizont, also die Sicht der potenziellen Bieter abzustellen ist, vgl. BGH, Urteil vom 15.01.2013, Az.: X ZR 155/10. Allerdings führt eine Auslegung vorliegend zu keinem Ergebnis. Das Leistungsverzeichnis lässt sich nicht dahingehend auslegen, dass die Einhaltung eines U_w -Werts von $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ ausreichend ist. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die VSt von der zunächst geforderten Einhaltung eines U_w -Werts von $0,84 \text{ W/m}^2\text{K}$ abkehren und einen U_w -Wert von nur $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ akzeptieren wollte.

Ebenso wenig ergibt sich durch Auslegung des Leistungsverzeichnisses, dass ein U_w -Wert von $0,84$ gelten müsse und die widersprechende Nennung eines U_w -Werts von $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ irrelevant ist. Es findet sich im Leistungsverzeichnis unter Position 01 „Fassaden- und Fensterarbeiten (Holz-Alu-Verbundelemente und Sonnenschutz, Zusätzliche Technische Vorschriften für Holz-Aluminium-Fenster und –Fassaden) zwar eine Formulierung, die bei widersprüchlichen Angaben die Kalkulation mit der höherwertigen Ausführung einfordert, jedoch bezieht sich diese nicht auf Widersprüche innerhalb des Leistungsverzeichnisses, sondern auf die Zusätzlichen Technischen Vorschriften.

Eine Auslegung des Leistungsverzeichnisses zur Aufklärung des Widerspruchs ist daher nicht möglich.

c)

Auch der Vortrag der VSt, dass die Nennung eines U_w -Werts von bis zu $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ auf Seite 41 bei der konkreten Fensterbeschreibung ein Schreibfehler gewesen sei, führt zu keinem anderen Ergebnis. Die VSt führt aus, eigentlich sei U_g gemeint gewesen. Der U_g -Wert beschreibt allein das Fensterglas, also ohne Fensterrahmen. Da Glas immer bessere (niedrigere) Werte erreicht als ein Fensterrahmen, müsste der U_g -Wert bei einem gewünschten U_w -Wert von $0,84 \text{ W/m}^2\text{K}$ für das gesamte Fenster deutlich unter diesem liegen. Folgte man der Argumentation der VSt, wonach ein unbeachtlicher Schreibfehler vorliege, müsste man von einem Leistungsverzeichnis ausgehen, welches einen U_g -Wert von bis zu $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$ definiert. Hierdurch würden Unklarheiten aber ver-

stärkt anstelle sie zu beseitigen, da der gewünschte Uw-Wert mit dem zugelassenen Ug-Wert nicht zu erreichen wäre.

Soweit vorgetragen wurde, dass der Wert von 1,0 W/m²K sich nur auf eine einzelne Fensterscheibe aus einer Dreifachverglasung beziehe, widerspricht dies wiederum dem weiteren Wortlaut des Leistungsverzeichnisses, der an dieser Stelle von der „kompletten Konstruktion einschl. integr. Sonnenschutz“ und gerade nicht von einer einzelnen Scheibe spricht.

d)

Weil aufgrund der widersprüchlichen Angaben im Leistungsverzeichnis keine vergleichbaren Angebote eingeholt werden können, war das Vergabeverfahren in den Stand vor der öffentlichen Bekanntmachung zurückzusetzen.

Sind mehrere Möglichkeiten gegeben, den Rechtsverstoß zu korrigieren, muss die Vergabekammer diejenige auswählen, welche die Interessen der Beteiligten möglichst wenig beeinträchtigt (OLG Düsseldorf, B.v. 30.04.2003 – Verg 64/02).

Vorliegend steht kein milderes Mittel zur Verfügung, um den Rechtsverstoß zu korrigieren.

Eine Korrektur im laufenden Vergabeverfahren ist nicht möglich. Die Angebote wurden auf unterschiedlichen Forderungen des Leistungsverzeichnisses abgegeben. Sie sind daher nicht miteinander vergleichbar. Nur durch eine neue und eindeutige Leistungsbeschreibung kann eine Vergleichbarkeit neu zu erstellender Angebote gewährleistet werden.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a) Die VSt und die BGI tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen sind (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB). Die BGI hat einen Antrag gestellt und damit das Kostenrisiko übernommen.

b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

c) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine

Gebühr in Höhe von x.xxx,- €. Sie ist hälftig jeweils zu x.xxx,xx € von der VSt und der BGI zu tragen.

- d)** Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Die Kostenrechnung für die BGI wird nachgereicht.

Die VSt ist gem. § 182 Abs. 1 GWB a. F. i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....